
RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR INCOADO A NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. – “NED” y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. – “NED ESPAÑA” (antes denominadas NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. “NED” y EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. “EDPEDG”), POR INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS MEDIANTE RESOLUCIÓN DE TOMA DE PARTICIPACIÓN EN SOCIEDADES.

SNC/DE/181/17

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 10 de octubre de 2019

En el ejercicio de la función de resolución de procedimientos sancionadores establecida en el artículo 116 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Sala de Supervisión Regulatoria aprueba la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES

Primero – Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP (TPE/DE/055/16)

El procedimiento sancionador cuya terminación se acuerda en la presente Resolución trae causa de diversas resoluciones administrativas dictadas por la CNMC en el seno de su función relativa a la toma de participaciones accionariales en los sectores energéticos, prevista en la Disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

Las referidas resoluciones imponen condiciones y obligaciones en los respectivos procedimientos administrativos tramitados en la CNMC como consecuencia de la operación de reordenación de activos del grupo EDP, que fue ejecutada en varias fases.

La propuesta de Resolución sancionadora elaborada por el Instructor del procedimiento sancionador relata detalladamente el contenido de dichas resoluciones. Los aspectos más relevantes de las mismas a efectos del presente procedimiento sancionador son los que a continuación se indican.

El primero de los procedimientos se tramitó con la referencia TPE/DE/055/16. El 23 de febrero de 2017, esta Sala aprobó la “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP” (TPE/DE/055/16). Esta resolución se dictó como consecuencia de la comunicación de toma de participaciones de 29 de diciembre de 2016, relativa a:

- (i) La toma de participaciones de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (en adelante, NED) en EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (en adelante, EDPEDG), mediante su constitución.
- (ii) La adquisición por parte de EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (EDPEDG) de determinados activos de distribución de gas natural de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. ubicados en las Comunidades Autónomas de Asturias y Cantabria, mediante el correspondiente contrato de compraventa suscrito entre las partes el 12 de diciembre de 2016 – lote 1 o Pack 1.

En el análisis realizado en el apartado 3.5 de la Resolución se puso de manifiesto que la posición económico-financiera de NED después de la operación, a pesar de su evidente deterioro, continuaba siendo razonable, y dentro del rango observado a nivel sectorial. Sin embargo, esta conclusión no se alcanza con respecto a EDPEDG, dado que ésta presentaba un ratio de apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, y un ratio Deuda Neta / EBITDA de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces, resultando ambos ratios excesivamente elevados, y fuera de los ratios habituales que presentan las empresas de distribución de gas natural.

Por consiguiente, fueron impuestas una serie de condiciones. En lo que aquí concierne son relevantes la condición Segunda y la Quinta:

Segunda.- EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. deberá mantenerse debidamente capitalizada, conforme a ratios de apalancamiento y Deuda Neta / EBITDA razonables, dentro del rango habitual de las empresas del sector de

distribución de gas natural, y proporcionados al valor de los activos de distribución en Asturias y Cantabria que mantendrá en su balance. EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. deberá mantener una estructura de la deuda que sea sostenible para la sociedad, no le haga incurrir en pérdidas, y no resulte en una incapacidad de la sociedad para atender las inversiones necesarias en la actividad de distribución de gas natural, así como la operación y mantenimiento de las redes.

Quinta.- *A fin de dar cumplimiento a las condiciones Segunda, Tercera y Cuarta de la presente Resolución EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U, en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta Resolución, deberá aportar ante la CNMC un Plan explicativo comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones antes referidas, que deberá ser aprobado por esta Sala.*

Segundo- Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP, relativa a determinados activos de distribución de gas natural de Cantabria (TPE/DE/013/16)

Con fecha 30 de marzo de 2017, esta Sala aprobó la “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP, relativa a determinados activos de distribución de gas natural de Cantabria” (TPE/DE/013/17) – lote 2 o Pack 2.

En el análisis sobre la operación de esta compraventa de activos se puso de manifiesto un empeoramiento de los ratios de EDPEDG con respecto a los obtenidos en la resolución TPE/DE/055/16, al haberse financiado dicha adquisición íntegramente con un préstamo intragrupo. Asimismo, se identificó una posible afectación a NED, lo que fue reflejado en el apartado 3.4 de la Resolución.

Por eso, en dicha Resolución se impusieron idénticas condiciones que en la Resolución de 23 de febrero de 2017 (antecedente primero) pero se añadió, en la condición quinta, un nuevo párrafo para preservar que las actuaciones contenidas en el Plan explicativo de EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. no afectaran a la solvencia de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED), en los siguientes términos:

Quinta- *A fin de dar cumplimiento a las condiciones Segunda, Tercera y Cuarta de la presente Resolución EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U, en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta Resolución, deberá aportar ante la CNMC un Plan explicativo comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones antes referidas, que deberá ser aprobado por esta Sala.*

En caso de que las actuaciones contenidas en el Plan afecten a la solvencia de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U., (sería el caso, por ejemplo, de la capitalización de EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U.

a través de su accionista único), deberá aportarse información sobre la estructura final de balance que resulte para dicha sociedad, y en particular, sobre su ratio de apalancamiento, y Deuda Neta / EBITDA.

Tercero- Plan explicativo comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones impuestas por las Resoluciones de la CNMC.

Con fecha 10 de abril de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC, escrito de EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. (EDPEDG), en el que se adjunta el Plan explicativo comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones impuestas en las Resoluciones del Consejo de fecha 23 de febrero y 30 de marzo de 2017.

El Plan Explicativo contemplaba que EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (EDPEDG) adecuaría su estructura financiera, efectuando el aumento de capital y la reducción de deuda que resulten necesarios, para que los ratios que se derivan de la Operación arrojaran un ratio de apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** y un ratio de Deuda Neta / EBITDA de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, antes del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Para ello, el Plan contemplaba una serie de actuaciones concretas **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

El Plan explicativo presentado a la CNMC se acompañaba de los balances proforma aportados como Anexo I y II, que partían de la posición que había sido analizada para ambas sociedades (EDPEDG y NED) a 31/12/2016 en la resolución de 23 de febrero de 2017 (TPE/DE/055/16), incorporando los efectos de la adquisición del lote 2 y del lote 3, y la ejecución de las actuaciones comprendidas en el Plan explicativo para cumplir con la condición Segunda.

Resulta relevante señalar, a los efectos del presente procedimiento sancionador, que en dicho plan se afirma que:

“a los efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo de la Condición Quinta de la resolución TPE/DE/013/17, se hace constar que las medidas adoptadas al objeto de adecuar la estructura financiera prevista de EDPEDG no afectarán a la solvencia de NATURGAS DISTRIBUCIÓN (NED), cuyo balance arrojará, una vez ejecutada la Operación en su conjunto, unas ratios que siguen estando dentro de los rangos esenciales que señala la Resolución TPE/DE/055/16.

*En este sentido, se acompaña como Anexo II balance proforma de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN del que se desprende que, una vez ejecutada la Operación en su conjunto y adecuada la estructura financiera de EDPEDG, arrojará una ratio de apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** y una ratio*

de Deuda Neta / EBITDA de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces. De forma complementaria, como Anexo III, se adjuntan las últimas cuentas anuales de la sociedad.

Finalmente y aunque no forma parte de las condiciones impuestas, se significa que las ratios resultantes de ambas sociedades en términos agregados serían un apalancamiento de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] y una relación Deuda Neta / EBITDA de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces”.

Cuarto- Venta de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED) Y EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. (EDPEDG) por parte del GRUPO EDP, a un consorcio de inversores.

Mientras se estaban analizando las distintas operaciones citadas, el grupo EDP anunció públicamente el 27 de marzo de 2017, mediante un hecho relevante remitido a la Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios (CMVM) portuguesa, la aceptación de los principales términos y condiciones de una oferta vinculante para la venta del 100% de las acciones de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. y de su participada EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. a un consorcio de inversores.

Con fecha 24 de abril de 2017, EDP remitió un nuevo hecho relevante a la CMVM portuguesa, anunciando la firma del acuerdo definitivo en relación con la transacción anunciada el pasado 27 de marzo de 2017.

Quinto- Aprobación del plan explicativo por Resolución de la CNMC

Con fecha 18 de mayo de 2017, esta Sala aprobó la “Resolución por la que se aprueba el plan explicativo para el cumplimiento de las condiciones impuestas en las operaciones de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP”.

Según consta en el apartado 3 de la Resolución de 18 de mayo de 2017, el Plan explicativo presentado “se refiere a la Operación en su conjunto, considerando la adquisición de los 2 lotes de activos contemplados en las resoluciones de 23 de febrero y 30 de marzo de 2017, así como la adquisición del tercer lote”.

En dicha Resolución consta asimismo que “EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. deberá acreditar la realización efectiva de las actuaciones comprendidas en el Plan explicativo antes del [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

En los antecedentes de esta Resolución de 18 de mayo de 2017 se hace constar expresamente que el grupo EDP había anunciado públicamente que había alcanzado un acuerdo para la venta de NED y EDPEDG a un consorcio de inversores. En el apartado 1. Antecedentes (6) de dicha Resolución de 18 de mayo de 2017 se hace constar que: “Una vez que esta operación se ejecute, tanto NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED), como su participada EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. (EDPEDG), dejarán de formar parte del grupo EDP, lo que resulta relevante a efectos de la condición Segunda, dado que la deuda de NED y EDPEDG con empresas del grupo EDP se cancelará, y los nuevos accionistas llevarán a cabo una nueva política financiera, que podría afectar al balance de NED y EDPEDG”.

De conformidad con la Resolución de 18 de mayo de 2017 por la que se aprueba el Plan Explicativo (singularmente, los apartados 4.1 y 4.4.):

- Se aceptan las actuaciones propuestas, dado que conllevan una mejora de los ratios de EDPEDG, pasando el apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** y el Ratio Deuda Neta / EBITDA de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, si bien se señala que el ratio Deuda Neta / EBITDA es un valor elevado, que sólo se sitúa por debajo del que mantiene otra empresa del sector.
- Se pone de manifiesto que, tras las actuaciones y la ejecución de la operación en su conjunto, no se afecta a la solvencia de NED, que continúa presentando ratios razonables, con un apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** y un ratio Deuda Neta / EBITDA de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.
- Dado que EDPEDG es una sociedad 100% participada por NED, y ambas realizan la actividad de distribución de gas natural, se valoran asimismo los ratios a nivel agregado, que resultan en un apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** y un ratio Deuda Neta / EBITDA de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Se señala que el ratio Deuda Neta / EBITDA sólo se sitúa por debajo del que mantienen otras **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** empresas del sector.
- Se señala que tanto NED como EDPEDG han de mantenerse debidamente capitalizadas conforme a un ratio Deuda NETA / EBITDA razonable y mantener una estructura de la deuda sostenible, también cuando salgan fuera del grupo EDP y los nuevos accionistas lleven a cabo una nueva política financiera.

Sexto- Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades

del grupo EDP, relativa a determinados activos de distribución de gas natural de Cantabria (TPE/DE/019/17).

Con fecha 8 de junio de 2017, el Consejo aprobó la *“Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP, relativa a determinados activos de distribución de gas natural de Cantabria”* (TPE/DE/019/17), correspondiente al tercer lote de activos (lote 3 o Pack 3).

Esta resolución es posterior a la aprobación del Plan explicativo (18 de mayo de 2017) y, por eso, se relaciona expresamente con él al afirmar: *“El Plan explicativo presentado se refiere a la Operación en su conjunto, considerando la adquisición de los 2 lotes de activos contemplados en las Resoluciones de 23 de febrero y 30 de marzo de 2017, así como la adquisición del tercer lote, cuya compraventa es objeto de la presente resolución. Por este motivo, carece de sentido reproducir en este procedimiento las mismas condiciones impuestas en las precedentes operaciones, pero sí se considera relevante relacionar la presente Resolución con el cumplimiento del referido Plan explicativo”*.

En esta resolución, se impone la siguiente condición:

(...)

Segunda- *EDPEDG y NED deberán dar cumplimiento al Plan explicativo presentado a la CNMC por EDPEDG, comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones Segunda, Tercera y Cuarta de las Resoluciones de fecha 23 de febrero de 2017 y 30 de marzo de 2017 (dictadas en los procedimientos TPE/DE/055/16 y TPE/DE/013/17), que ha sido aprobado por esta Sala de Supervisión Regulatoria con fecha 18 de mayo de 2017.*

Séptimo - Acreditación parcial de las actuaciones contempladas en el plan explicativo para el cumplimiento de las condiciones impuestas en las operaciones de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP

Con fecha 3 de julio de 2017, tuvo entrada en el registro de la CNMC la escritura de ampliación de capital, de fecha 13 de junio de 2017, de EDPEDG, sobre *“Cumplimiento del Plan Explicativo aprobado por Resolución de 18 de mayo de 2017”*.

Con fecha 25 de julio de 2017, con la información aportada por EDPEDG, la Sala de Supervisión Regulatoria dictó *“Resolución sobre la acreditación parcial de las actuaciones contempladas en el plan explicativo para el cumplimiento de las condiciones impuestas en las operaciones de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP”*.

En dicha Resolución y con la información aportada se resolvió lo siguiente:

Primero.- Tener por acreditada la realización efectiva de las actuaciones comprendidas en el Plan explicativo comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 23 de febrero de 2017 “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP” (TPE/DE/055/16) y de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 30 de marzo de 2017 “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP, relativa a determinados activos de distribución de gas natural de Cantabria” (TPE/DE/013/17).(...)

Segundo- *Tener por cumplidas las condiciones Segunda, Tercera (...) y Cuarta impuestas a EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 23 de febrero de 2017 y en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 30 de marzo de 2017 anteriormente citadas.*

Todo ello sin perjuicio de la obligación de carácter general, y al margen de esta operación concreta, de que NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. y EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. se mantengan debidamente capitalizadas conforme a un ratio Deuda Neta / EBITDA razonable, y mantengan una estructura de deuda que sea sostenible, en los términos señalados en el apartado 3.4¹ de la Resolución de fecha 18 de mayo de 2017 por la que se aprobó el Plan Explicativo anteriormente citada.

Octavo- Resoluciones sobre adquisición de activos de distribución de GLP canalizado.

Por haber concurrido simultáneamente en el tiempo, se señalan otras dos resoluciones dictadas por la CNMC, sobre operaciones de adquisición por parte de NED (directamente o a través de su participada NATURGAS SUMINISTRO GLP, S.A.U.) de activos de distribución de GLP canalizado, a REPSOL BUTANO, S.A.

Se trata de las Resoluciones de 9 de marzo de 2017 (TPE/DE/011/17) y 8 de junio de 2017 (TPE/DE/020/17), sobre adquisición de activos en Asturias, Cantabria y País Vasco.

En estas resoluciones no se establecieron condiciones. Como se pone de manifiesto en el apartado 3.4 de la primera de ellas, en el que se analiza la

¹ Existe una errata en la Resolución, se refiere al apartado 4.1. No existe en la Resolución el apartado 3.4.

financiación de la operación **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**
De lo que se desprende que la financiación de las operaciones no afecta significativamente a NED.

Del mismo modo, en el caso de la segunda resolución, en el apartado 3.4 se señalaba que **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Noveno.- Nueva documentación sobre la que CNMC tuvo conocimiento con posterioridad a la Resolución de 25 de julio de 2017.

Con posterioridad al 25 de julio de 2017, en que esta Sala dictó la “Resolución sobre la acreditación parcial de las actuaciones contempladas en el plan explicativo para el cumplimiento de las condiciones impuestas en las operaciones de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP”, la CNMC tuvo conocimiento de hechos ocurridos que han afectado al cumplimiento del plan explicativo.

Sólo 2 días después, el 27 de julio de 2017, se hizo efectivo el contrato de compraventa entre NATURE GASNED XXI, S.L.U. y el grupo EDP por el que aquella empresa adquiriría tanto NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U (NED) como su participada EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS (EDPEDG).

Además, las empresas cambiaron su denominación social, pasando a denominarse respectivamente NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (mantiene el acrónimo NED) y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (EDEPDG será, en adelante, NED ESPAÑA). Salen del grupo EDP, pero mantienen la titularidad de los activos.

Con fecha 17 de agosto de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia escrito de NATURE GASNED XXI, S.L.U., por el que comunica la toma de participaciones en NED, correspondiente al 100% de su capital social (TPE/DE/026/17), en el ámbito del punto 3² de la Disposición Adicional Novena de la Ley 3/2013. En el marco de dicha comunicación, la CNMC dirigió a la empresa diversos oficios solicitado información para poder conocer los detalles de la misma.

Paralelamente, con fecha 25 de agosto de 2017 NED aportó a la CNMC, en el ámbito de la Circular 5/2009, el balance a 30/06/2017, (que coincide con el aportado por NATUR GASNED XXI en el ámbito del expediente TPE/DE/026/17

² “3. Igualmente deberá comunicarse a la Secretaría de Estado de Energía (entiéndase la CNMC) la adquisición de participaciones en un porcentaje de su capital social que conceda una influencia significativa en su gestión, en las sociedades que, directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, realicen actividades incluidas en el apartado 1 o sean titulares de los activos señalados. De la misma forma, deberá comunicarse la adquisición directa de los activos mencionados en la letra d) del apartado 1).”

en fecha 11 de octubre de 2017), con información contable distinta a la que hasta el momento disponía la CNMC.

Décimo- Acuerdo por el que se insta al cumplimiento del Plan Explicativo

A resultas de la nueva información recibida, el 8 de febrero de 2018, esta Sala aprobó el “Acuerdo por el que se insta al cumplimiento del Plan explicativo para el cumplimiento de las condiciones impuestas en las operaciones de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP”.

En el apartado 5 de dicho Acuerdo de fecha 8 de febrero de 2018, se describen los hechos revelados a partir de información aportada a la CNMC con posterioridad al 25 de julio de 2017, fecha de la Resolución que consideraba cumplidas las condiciones. En el apartado 5.1, se analiza el impacto de los hechos revelados en el balance de NED; en el apartado 5.2, se analiza el impacto de los hechos revelados en el balance de EDPEDG (actualmente NED ESPAÑA), y en el apartado 5.3, se analiza el impacto de los hechos revelados en el balance consolidado de NED. Adicionalmente, en el apartado 6 de dicho Acuerdo, se analiza la relación entre la operación de compraventa de NED y su nivel de endeudamiento.

Concluyendo el apartado 7 del Acuerdo de 8 de febrero de 2018 “*Valoración del Cumplimiento del Plan Explicativo*”, en los siguientes términos.

“Como se ha puesto de manifiesto en el apartado 5, la posición económico-financiera de NED se ha deteriorado considerablemente como consecuencia del incremento de su endeudamiento, y además, incumple la posición que NED y EDPEDG asumieron en el Plan Explicativo presentado ante la CNMC en fecha 10 de abril de 2017, sobre el que la CNMC dictó resolución aprobándolo en fecha 18 de mayo de 2017.

A fecha 31 de julio de 2017, el apalancamiento de NED asciende al [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] y su ratio Deuda Neta / EBITDA a [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]. Estos ratios se sitúan significativamente por encima de los ratios presentados en el Plan Explicativo para NED del [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] y de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces, respectivamente, y fuera del rango sectorial.

Teniendo en cuenta a NED y sus filiales de forma agregada, el ratio Deuda Neta / EBITDA se sitúa en [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]. Este ratio también es significativamente superior al ratio a nivel agregado que fue presentado en el Plan Explicativo, de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces, y se sitúa fuera del rango sectorial.

La Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 18 de mayo de 2017 por la que se aprobó el Plan Explicativo, señalaba que tanto EDPEDG como NED deben mantenerse debidamente capitalizadas, conforme a un

ratio Deuda Neta / EBITDA razonable, y mantener una estructura de la deuda sostenible, también cuando ambas sociedades salgan fuera del grupo EDP y los nuevos accionistas lleven a cabo una nueva política financiera.

Posteriormente, la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 8 de junio de 2017, en el procedimiento correspondiente al Lote 3 (TPE/DE/019/17) impone como condición segunda la de que “EDPEDG Y NED deberán dar cumplimiento al Plan Explicativo presentado a la CNMC por EDPEDG, comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones Segunda, Tercera y Cuarta de las Resoluciones de fecha 23 de febrero de 2017 y 30 de marzo de 2017 (dictadas en los procedimientos TPE/DE/055/16 y TPE/DE/013/17) que ha sido aprobado por esta Sala de Supervisión Regulatoria con fecha 18 de mayo de 2017.”

(...)

La posición de NED incumple el Plan Explicativo, y, por ende, lo establecido en la condición Segunda impuesta en la Resolución de 23 de febrero de 2017 (TPE/DE/055/16) y 30 de marzo de 2017 (TPE/DE/013/17), y 8 de junio de 2017 (TPE/DE/019/17) dictadas al amparo de la disposición adicional novena de la Ley 3/2013.

Incumple igualmente el inciso final de la Resolución de 25 de julio de 2017, por la que se impone a NED y a EDPEDG la obligación de mantenerse debidamente capitalizadas conforme a un ratio Deuda Neta / EBITDA razonable, y mantener una estructura de deuda que sea sostenible, en los términos señalados en el apartado 3.4 de la Resolución de fecha 18 de mayo de 2017 por la que se aprobó el Plan Explicativo.

(...)

Las operaciones de endeudamiento adicional se han realizado de forma coincidente en el tiempo con la realización de las actuaciones contempladas en el Plan Explicativo, **sin que se haya informado a la CNMC del endeudamiento adicional en el cual NED estaba incurriendo.**

Así, EDPEDG y NED presentaron a la CNMC en fechas 3 de julio y 19 de julio de 2017, la documentación para acreditar la realización efectiva de las actuaciones contempladas en el Plan Explicativo, sobre las cuales la CNMC dictó resolución en fecha 25 de julio de 2017, **sin informar a la CNMC de las operaciones de endeudamiento adicionales que se estaban realizando de forma coincidente en el tiempo.**

En particular, se señala por significativo que el mismo día 3 de julio en que EDPEDG y NED presentaron a la CNMC parte de la documentación para acreditar la realización de las actuaciones contempladas en el Plan Explicativo, NED se endeudó en un importe de 466 M€ con EDP Iberia, sin que se informara a la CNMC de este endeudamiento adicional, lo que tampoco fue informado cuando se aportó la documentación restante en fecha 19 de julio.

Así, la resolución de fecha 25 de julio de 2017 dictada por la CNMC no pudo tener en consideración esta información.

De haber dispuesto de esta información, esta CNMC no habría considerado acreditadas en fecha 25 de julio las actuaciones comprendidas en el Plan Explicativo ni cumplida la condición Segunda.

Si la Sala de Supervisión Regulatoria había considerado en su resolución de fecha 23 de febrero de 2017 (TPE/DE/055/16), que los ratios de EDPEDG que resultaban después de la adquisición del primer lote de activos, de un Apalancamiento del [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] y un ratio Deuda Neta / EBITDA [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces eran excesivamente elevados y fuera del rango habitual que presentan las empresas de distribución de gas natural, con mayor motivo lo hubiera considerado respecto de NED, si ésta presenta ratios superiores, y además teniendo en cuenta que se trata de una empresa de mayor tamaño y por lo tanto con mayor importancia para garantizar la seguridad de suministro.

De hecho, esta Comisión aceptó las actuaciones contempladas en el Plan Explicativo para EDPEDG que resultaban, tras la ejecución de las mismas, en un ratio de apalancamiento del [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] y un ratio Deuda Neta / EBITDA de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces, teniendo en consideración a su vez los ratios que resultaban a nivel agregado entre NED y EDPEDG, teniendo en cuenta la condición de NED como socio único de EDPEDG”.

A la vista de estas Consideraciones, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC acuerda lo siguiente:

“Requerir a NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. el cumplimiento del Plan explicativo aprobado por Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 18 de mayo de 2017, comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en la condición Segunda de la Resolución de esta misma Sala de fecha 23 de febrero de 2017 “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP” (TPE/DE/055/16) y de la Resolución de la misma Sala de fecha 30 de marzo de 2017 “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP, relativa a determinados activos de distribución de gas natural de Cantabria” (TPE/DE/013/17).

NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. deberán acreditar el cumplimiento del Plan Explicativo comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en la condición Segunda de las dos Resoluciones señaladas en el párrafo anterior, en el plazo de los 3 meses siguientes a la notificación de este acuerdo.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir dichas empresas en el ámbito de lo establecido en el artículo 109.1 i) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Esta sala dictará resolución sobre el cumplimiento efectivo del referido Plan explicativo”.

Undécimo- Fusión inversa de NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED) y su accionista único NATURE GASNED XXI.

Con fecha 22 de febrero de 2018, esta Sala aprobó la Resolución sobre la operación de fusión por absorción inversa de NATURE GASNED XXI, S.L.U. por parte de NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A. (NED), con fecha de efectos contables 27 de julio de 2017.

En el apartado 3.3 de dicha Resolución, se hace constar que la fusión es el último eslabón de una operación con alcance más amplio, en la que se realizaron diversas operaciones societarias intragrupo dentro del grupo EDP, y posteriormente el grupo EDP procedió a la venta de NED a NATURE GASNED XXI, vehículo constituido ex profeso para realizar la adquisición por parte de los actuales accionistas.

La fusión estaba expresamente prevista en el Acuerdo del Consorcio que firmaron los actuales accionistas entre sí el 24 de abril de 2017, antes de tomar el control de NED. Por consiguiente, en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria se concluye que esta fusión no puede contemplarse de forma aislada, y a tal fin se procede a analizar la posición económico-financiera de NED después de la fusión, comparándola no sólo con la posición antes de la fusión, sino también con la del Plan Explicativo.

Esta Resolución impone a NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN (NED) la condición de *“revertir su posición económico-financiera a un ratio Deuda Neta / EBITDA razonable, dentro del rango habitual de las empresas del sector, y conforme a los valores presentados en el Plan Explicativo que la Sala de Supervisión Regulatoria aprobó mediante resolución de 18 de mayo de 2017”.*

La Resolución mantiene para NED las mismas obligaciones contenidas en la Resolución de 18 de mayo de 2017 por la que se aprueba el Plan Explicativo y reiteradas en el Acuerdo de 8 de febrero de 2018 por el que se insta al cumplimiento del Plan Explicativo, no introduciendo ninguna obligación adicional.

Duodécimo- Incoación del expediente sancionador

A la vista de los antecedentes expuestos, el Director de Energía acordó, con fecha 17 de abril de 2018 la incoación de expediente sancionador contra las sociedades NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED) y NED

ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U., (NED ESPAÑA) como personas jurídicas presuntamente responsables de la infracción que en el mismo se especifica, al tratarse de las dos sociedades a quienes se impusieron las distintas condiciones de las Resoluciones citadas en los antecedentes, así como las obligadas por el Plan Explicativo.

Estas dos empresas son las anteriormente denominadas NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (con el mismo acrónimo NED) y EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. (EDEPDG), respectivamente.

Los hechos que se le imputan en el acuerdo de incoación son los siguientes:

“II.1 Incumplir el Plan Explicativo en el sentido establecido por la Resolución de 18 de mayo de 2017 y la condición segunda de la Resolución de 8 de junio de 2017 (TPE/DE/019/17). Así mismo incumplir lo establecido en la condición Segunda impuesta en la Resolución de 23 de febrero de 2017 (TPE/DE/055/17) y las condiciones segunda y quinta, segundo párrafo de la Resolución de 30 de marzo de 2017 (TPE/DE/013/17), y dictadas al amparo de la disposición adicional novena de la Ley 3/2013. Dichas condiciones establecían lo siguiente:

Condición segunda de la Resolución de 8 de junio de 2017

EDPEDG y NED deberán dar cumplimiento al Plan explicativo presentado a la CNMC por EDPEDG, comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones Segunda, Tercera y Cuarta de las Resoluciones de fecha 23 de febrero de 2017 y 30 de marzo de 2017 (dictadas en los procedimientos TPE/DE/055/16 y TPE/DE/013/17), que ha sido aprobado por esta Sala de Supervisión Regulatoria, con fecha 18 de mayo de 2017.

La condición segunda de las Resoluciones de 23 de febrero de 2017 y 30 de marzo de 2017, de la Sala de Supervisión Regulatoria establecía que:

EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. deberá mantenerse debidamente capitalizada, conforme a ratios de apalancamiento y Deuda Neta / EBITDA razonables, dentro del rango habitual de las empresas del sector de distribución de gas natural, y proporcionados al valor de los activos de distribución en Asturias y Cantabria que mantendrá en su balance. EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. deberá mantener una estructura de la deuda que sea sostenible para la sociedad, no le haga incurrir en pérdidas, y no resulte en una incapacidad de la sociedad para atender las inversiones necesarias en la actividad de distribución de gas natural, así como la operación y mantenimiento de las redes.

Por su parte, la condición quinta, segundo párrafo, de la Resolución de 30 de marzo de 2017 de la Sala de Supervisión Regulatoria, que obligaba de forma expresa a:

Quinta- (..)

En caso de que las actuaciones contenidas en el Plan afecten a la solvencia de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U., (sería el caso, por ejemplo, de la capitalización de EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. a través de su accionista único), deberá aportarse información sobre la estructura final de balance que resulte para dicha sociedad, y en particular, sobre su ratio de apalancamiento, y Deuda Neta / EBITDA.

II.2 *Incumplir el inciso final de la Resolución de 25 de julio de 2017, por la que se impone a NED y a EDPEDG la obligación de mantenerse debidamente capitalizadas conforme a un ratio Deuda Neta / EBITDA razonable, y mantener una estructura de deuda que sea sostenible, en los términos señalados en el apartado 3.4³ de la Resolución de fecha 18 de mayo de 2017 por la que se aprobó el Plan Explicativo. “*

Este comportamiento se precalificaba en el acuerdo de incoación como una infracción muy grave establecida en el artículo 109.1 i) de la Ley del Sector de Hidrocarburos, que tipifica «*La falta de comunicación al Ministerio de Industria, Energía y Turismo o el incumplimiento de las condiciones u obligaciones establecidas, en el supuesto de la toma de participaciones en sociedades, en los términos previstos en la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*».

El acuerdo de incoación fue notificado a las sociedades interesadas el día 19 de abril de 2018, confiriendo a las mismas un plazo de 15 días para formular Alegaciones, aportar documentos o informaciones que estimase convenientes, y en su caso, proponer prueba.

Decimotercero- Solicitud de ampliación de plazo

Mediante escrito presentado en fecha 2 de mayo de 2018 NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED) y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (NED ESPAÑA) solicitaron ampliación del plazo para formular alegaciones, al amparo del artículo 32 de la Ley 39/2015. Mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2018, el instructor otorgó una ampliación de plazo de 7 días adicionales.

Decimocuarto- Acuerdo de 10 de mayo de 2018 de la Sala de Supervisión Regulatoria que analiza la suficiencia de las medidas propuestas por NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. para dar cumplimiento al

^{3 3} Existe una errata en la Resolución, se refiere al apartado 4.1. No existe en la Resolución el apartado 3.4.

Acuerdo de 8 de febrero de 2018 por el que se insta al cumplimiento del Plan Explicativo.

En fecha 20 de marzo de 2018, NED presentó escrito por el que solicitaba dar por cumplido el Acuerdo de esta Sala de 8 de febrero de 2018 y la Resolución de 22 de febrero de 2018 y las anteriores en las que las mismas se fundamentan, al entender que los ratios relevantes de NED se encontraban dentro del rango de los de las empresas del sector.

Mediante Acuerdo de 10 de mayo de 2018 la Sala de Supervisión Regulatoria decide, por las razones expuestas en el mismo:

“Declarar insuficientes las medidas planteadas en el apartado séptimo de su escrito con fecha de entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 20 de marzo de 2018, para dar cumplimiento al Acuerdo de esta Sala de fecha 8 de febrero de 2018, por el que insta al cumplimiento del Plan Explicativo para el cumplimiento de las condiciones impuestas en las operaciones de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP, y la Resolución de esta Sala de fecha 22 de febrero de 2018, sobre la operación de fusión por absorción de NATURE GASNED XXI, S.L.U. por parte de NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.”

Decimoquinto- Escrito de alegaciones de NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U.

Con fecha 24 de mayo de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (NED ESPAÑA) en el que formula Alegaciones al acuerdo de incoación que, en síntesis, son las siguientes:

- El acuerdo de incoación no delimita las eventuales responsabilidades que pudieran corresponder a cada sociedad. Indica que, desde el punto de vista del principio de personalidad de las infracciones, es una ineludible exigencia la concreta imputación a cada sociedad de las presuntas infracciones, y su grado de intervención y responsabilidad en cada una de ellas.
- El acuerdo de incoación implica la revisión de oficio del acto declarativo de derechos contenido en la Resolución de 25 de julio de 2017, por el que la CNMC declaró de forma expresa e incondicionada *“Tener por acreditada la realización efectiva de las actuaciones comprendidas en el Plan explicativo...”*, por lo que considera que tanto el acuerdo de Incoación, como la resolución sancionadora son nulos de pleno derecho.
- NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS (NED ESPAÑA) no ha incumplido el Plan Explicativo. Afirma que las operaciones realizadas por su accionista único NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCIÓN, (NED) que pudieron implicar una

alteración de las principales magnitudes consideradas al aprobar el Plan Explicativo y su ejecución, no fueron ejecutadas por NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS (NED ESPAÑA) por lo que ésta no es responsable

- NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS (NED ESPAÑA) ha mantenido sus ratios. Indica que la principal variación que observaba la CNMC en el balance de NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS ya fue explicada a la CNMC mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2018, que se trata de un derecho de cobro frente a la Hacienda Pública, temporal y que ya ha desaparecido.
- NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS (NED ESPAÑA) no ha incumplido la obligación de informar a la CNMC, en lo que respecta a la condición Quinta.

Concluye su escrito solicitando el archivo del procedimiento, y en el caso de que se entienda que no procede archivar el expediente, solicita la práctica de los siguientes medios de prueba:

- Documental. Aportada junto al escrito de alegaciones así como los citados en el mismo que se refieren a los expedientes TPE/DE/001/18, TPE/DE/019/17, TPE/DE/013/17 y TPE/DE/055/16.
- Pericial. Que se tenga por aportado el informe elaborado de Nera Economic Consulting, y declaración del perito autor del mismo.

Decimosexto- Escrito de alegaciones de NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED)

Con fecha 24 de mayo de 2018, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. en el que formula Alegaciones al acuerdo de incoación que, en síntesis, son las siguientes:

En cuanto a los antecedentes relatados en el acuerdo de incoación matiza los siguientes aspectos:

1. **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].**
2. Se indica que la Resolución de 23 de febrero de 2017 (TPE/DE/055/16) no pone objeciones en lo que se refiere a NED, y la Resolución de 30 de marzo de 2017 (TPE/DE/013/17), impone a NED ESPAÑA (no a NED) la obligación de presentar el Plan Explicativo y de aportar información sobre la estructura final del balance de NED. Asimismo, se señala que la resolución de 8 de junio de 2017, es similar a las anteriores.

3. Se alega que una vez que la CNMC consideró acreditadas la realización de las actuaciones contenidas en el Plan Explicativo, NED ESPAÑA recuperó su capacidad de determinar autónomamente su política de endeudamiento.
4. Se alega que cuando el consorcio comprador comunicó en fecha 17 de agosto de 2017 la adquisición de NED, la CNMC no dictó resolución alguna en el plazo previsto en la Disposición Adicional Novena de la Ley 3/2013, por lo que se entendía que no tenía objeciones a la operación de compraventa (la citada disposición configura un silencio positivo).
5. Se alega que el Acuerdo de 8 de febrero de 2018 se dicta de manera un tanto sorprendente (sin previa comunicación, ni requerimiento alguno de información, ni trámite de audiencia).

Además de reiterar las mismas alegaciones que NED ESPAÑA respecto del acuerdo de Incoación, argumenta:

- Que las Resoluciones de la CNMC que se dicen infringidas, no han impuesto condición alguna a NED, dado que el Plan Explicativo únicamente afecta a NED ESPAÑA. Por tanto, NED no asumió ninguna obligación en el mismo.
- NED no ha incumplido la obligación de informar a la CNMC de las operaciones que tenía diseñadas después de la capitalización de NED ESPAÑA, ya que no estaba obligada a informar sobre ellas.
- La obligación (según las alegaciones impuesta únicamente a NED ESPAÑA, y no a NED) de cumplir con los ratios del Plan Explicativo, no puede pretenderse que tenga carácter indefinido.
- La obligación de que NED *“se mantenga debidamente capitalizada conforme a un ratio Deuda Neta / EBITDA razonable, y mantengan una estructura de deuda que sea sostenible...”* no se encuentra prevista en la legislación sectorial. Se alega que el único requisito respecto a la acreditación de la *“capacidad económico-financiera”* es el establecido en el artículo 4.9 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre.
- Los ratios de NED (se calculen de forma individual o agregada) están dentro del rango de las empresas del Sector.
- La metodología empleada por la CNMC para calcular los ratios no se explica en las resoluciones, por lo que no puede afirmarse que el incumplimiento

de tal ratio pueda considerarse una infracción administrativa. En todo caso, estima que esta metodología se aparta de los estándares del mercado, y en particular, de los cálculos de las agencias de rating, en lo relativo a la consideración de la deuda subordinada con los accionistas, que la CNMC ha considerado como deuda y las agencias la consideran como recursos propios.

- La solvencia financiera de NED está fuera de toda duda puesto que tiene una calificación crediticia (BBB-), de “investment grade”

- No ha concurrido culpabilidad en la conducta de NED, puesto que la decisión de llevar a cabo el proceso de reestructuración y de alcanzar un determinado nivel de endeudamiento antes de su venta a un tercero, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Se alega que el consorcio comprador tuvo interés en contrastar **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** que los ratios financieros estaban bien calculados y se encontraban dentro del rango habitual de las empresas del sector, que no tenía interés en ocultar la distribución del dividendo a la CNMC, y que no perjudicó la posición financiera de NED más allá de lo que ya pudieran haberlo hecho las decisiones previas tomadas **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**., argumentando finalmente la ausencia de mala fe.

Por último, NED solicita la práctica de los siguientes medios de prueba.

Documental: incorporación de los expedientes TPE/DE/055/16, TPE/DE/013/17, TPE/DE/019/17 y TPE/DE/001/18, y de los documentos adjuntos al escrito de alegaciones.

Pericial: que se tenga por aportado el informe elaborado por Nera Economic Consulting, y Declaración del perito autor del mismo.

Decimoséptimo- Admisión de la documentación e informe pericial propuesto y denegación de la petición de declaración del perito ante el órgano instructor.

Mediante Acuerdo del instructor del presente procedimiento sancionador de 15 de febrero de 2019 se procedió a admitir e incorporar al expediente la documental solicitada por NED y NED España, así como el informe pericial aportado.

Se rechazó la declaración del perito, en tanto que el contenido del informe pericial resultaba suficientemente claro y explicativo, no habiendo surgido cuestiones ni aclaraciones que fuera necesario tratar.

Los aspectos esenciales que señala el informe pericial son los siguientes:

- Considerando que NED es, además de distribuidora de gas natural, sociedad matriz de un grupo al que pertenecen NED ESPAÑA y NED SUMINISTRO GLP, los ratios relevantes han de calcularse a nivel de grupo, en base a sus cuentas consolidadas.
- No obstante, si se calcula el ratio Deuda Neta / EBITDA de NED como sociedad individual, ha de tenerse en cuenta la relación entre la deuda y el negocio. Si se considera el EBITDA de NED como sociedad individual únicamente, entonces ha de considerarse únicamente la parte de la Deuda Neta de NED que ésta ha contraído para sí misma, y que no ha prestado a su vez a sus filiales.
- La deuda subordinada con los accionistas contraída por NED ha de clasificarse como fondos propios en lugar de deuda. A este respecto, indica que se trata de un tipo de deuda que, en caso de cualquier evento de insolvencia, no puede ser amortizada antes de que toda la deuda con terceros haya sido amortizada, y que además, el impago de intereses no supone causa de incumplimiento, lo que en la práctica significa que NED puede condicionar el pago de los intereses de esta deuda a los resultados del ejercicio, lo que financieramente asimila dicho pago al de los dividendos. Además, añade que esta deuda fue asimilada a recursos propios por la agencia de calificación crediticia Standard & Poors al asignar el rating de NED.
- Para el caso de NED ESPAÑA, el informe pericial indica que la CNMC incluyó en su cálculo una deuda con sus propietarios de carácter transitorio y cuya exigibilidad estaba automáticamente vinculada al cobro de una deuda, por igual importe que la Administración contrajo con NED ESPAÑA. Por lo tanto, el cálculo correcto de los ratios a 31 de julio de 2017 debía realizarse sin considerar dicha deuda. El informe pericial indica que la CNMC lo hizo constar, pero no lo consideró en el cálculo.
- El informe pericial señala que en su escrito a la CNMC de fecha 19 de marzo de 2018, NED realiza dos propuestas con el objeto de que los ratios de solvencia de la compañía se correspondan con los de otras empresas del sector sin necesidad de ajustes. A este respecto indica: *“Cabe señalar que dichas propuestas no alteran la realidad económico-financiera de NED, por lo que si la CNMC considera que los ratios que resultan indican un nivel de solvencia adecuado, debería concluir que el nivel actual de solvencia de NED ya es igualmente adecuado”*.

- El informe pericial calcula los ratios de NED y NED ESPAÑA a nivel individual, el dato de NED consolidando a NED ESPAÑA y NED SUMINISTRO GLP, y el dato de NED consolidando a NED ESPAÑA, tanto a 31 de julio de 2017 como a 31 de diciembre de 2017, ajustando la deuda individual detrayendo los préstamos a las filiales, y considerando el préstamo con los accionistas como fondos propios.

Decimoctavo. Resolución de 21 de marzo de 2019.

Con fecha 13 de marzo de 2019, tuvo entrada en la CNMC escrito de NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCION (NED), por el que comunica una serie de operaciones financieras y se solicita de la CNMC que dicte una resolución expresa declarando el cumplimiento del Acuerdo de 8 de febrero de 2018, la Resolución de 22 de febrero de 2018 y el Acuerdo de 10 de mayo de 2018.

Las operaciones consisten en **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

En fecha 21 de marzo de 2019 esta Sala resolvió:

Primero.- Tener por acreditada la realización efectiva de las actuaciones comprendidas en el Plan explicativo comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 23 de febrero de 2017 “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP” (TPE/DE/055/16) y de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 30 de marzo de 2017 “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP, relativa a determinados activos de distribución de gas natural de Cantabria” (TPE/DE/013/17), aprobado por Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 18 de mayo de 2017, “por la que se aprueba el Plan Explicativo para el cumplimiento de las condiciones impuestas en las operaciones de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP”.

Segundo.- Tener por cumplida la condición Segunda impuesta a NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 23 de febrero de 2017 “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP” (TPE/DE/055/16) y en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 30 de marzo de 2017 “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP, relativa a determinados activos de distribución de gas natural de Cantabria” (TPE/DE/013/17).

Tercero.- Tener por cumplida la condición Segunda impuesta a NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. y NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 8 de junio de

2017, “Resolución sobre la operación de reordenación de activos de transporte y distribución entre sociedades del grupo EDP, relativa a determinados activos de distribución de gas natural de Cantabria” (TPE/DE/019/17).

Cuarta.- Tener por cumplida la condición Tercera, en lo relativo a la dotación de plantilla, de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 23 de febrero de 2017 y de la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 30 de marzo de 2017, anteriormente citadas.

Quinta.- Tener por cumplida la condición Primera impuesta a NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de fecha 22 de febrero de 2018, “Resolución sobre la operación de fusión por absorción de NATURE GASNED XXI, S.L.U. por parte de NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.” (TPE/DE/001/18).

Decimonoveno. - Propuesta de resolución

Con fecha 3 de julio de 2019 el Instructor del presente procedimiento sancionador formuló propuesta de resolución en los siguientes términos:

Vistos los razonamientos anteriores, el Director de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA PROPONER

A la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como órgano competente para resolver el presente procedimiento sancionador, que:

PRIMERO. *Declare que:*

NORTEGÁS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U es responsable de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.1 i) de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia de haber incumplido las condiciones u obligaciones establecidas, en el supuesto de la toma de participaciones en sociedades, en los términos previstos en la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. es responsable de una infracción muy grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.1 i) de la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos, como consecuencia de haber incumplido las condiciones u obligaciones establecidas, en el supuesto de la toma de participaciones en sociedades, en los términos previstos en la disposición

adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

SEGUNDO. *Imponga a:*

NORTEGÁS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U una sanción consistente en el pago de una multa de 3.000.000 euros sin perjuicio de que se acoja a lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas

NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. una sanción consistente en el pago de una multa de 100.000 euros sin perjuicio de que se acoja a lo previsto en el artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas

La propuesta de resolución se notificó a las interesadas el mismo día 3 de julio de 2019. Asimismo, se les comunicó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la LPAC, disponían de un plazo de diez días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimase pertinentes; y a su vez, se informó de lo previsto por el artículo 85 de la misma Ley.

Vigésimo.- Alegaciones de las interesadas en el trámite de audiencia: Pago voluntario de la Sanción con la reducción del 20%

Con fecha 16 de julio de 2019 NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED) Y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (NED ESPAÑA) presentan sendos escritos en los que manifiestan haber tomado la decisión de concluir el presente procedimiento y renunciar al ejercicio de cualesquiera acciones que pudieran asistirles contra la sanción.

Se acogen a la posibilidad contemplada en el artículo 85 de la Ley 39/2015, que establece la posibilidad de que el importe pecuniario de las sanciones sea reducido como consecuencia del pago voluntario de la sanción propuesta antes de la resolución del presente procedimiento sancionador.

En consecuencia, ambas sociedades efectúan el pago voluntario de la sanción “*con la consecuente reducción del importe en un 20% y la terminación del procedimiento sancionador, renunciado asimismo al ejercicio de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción*”.

Por ello NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED) ha efectuado el ingreso de la cantidad de 2.400.000 euros (80% de la cantidad propuesta),

haciéndolo NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (NED ESPAÑA) en la cantidad de 80.000 euros (igualmente 80% de la cantidad propuesta).

A los efectos indicados en el primer apartado del artículo 85 de la Ley 39/2015, se señala que los escritos de NED Y NED ESPAÑA, acogiéndose a la reducción del 20% correspondiente al pago voluntario, no incluyen reconocimiento de responsabilidad.

Vigésimo primero.- Finalización de la Instrucción, elevación del expediente a la Sala por medio de la Secretaría del Consejo y finalización del procedimiento.

Por escrito de 2 de agosto de 2019, el Instructor remitió a la Secretaría del Consejo de la CNMC la propuesta de Resolución junto con el resto de documentos que conforman el expediente administrativo, debidamente numerado, en los términos previstos en el artículo 89 de la LPAC.

De conformidad con lo establecido en el artículo 85.2 de la LPAC, habiéndose efectuado el pago de la sanción propuesta y no habiendo necesidad de acordar la reposición de la situación alterada o determinación de indemnización por daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción, procede declarar que el procedimiento sancionador ha quedado terminado en los términos que se establecen en la presente Resolución.

Vigésimo segundo.- Informe de la Sala de Competencia

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, y de lo establecido en el artículo 14.2.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, la Sala de Competencia de esta Comisión emitió informe sobre el presente procedimiento sancionador.

HECHOS PROBADOS

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente administrativo, se consideran HECHOS PROBADOS en este procedimiento sancionador los siguientes:

HECHOS PROBADOS

NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED) y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (NED ESPAÑA) han incumplido el Plan Explicativo y las condiciones impuestas por la CNMC en las resoluciones de toma de participaciones, en los términos indicados en el Acuerdo de 8 de febrero de 2018 (folio) , por el que se insta al cumplimiento del Plan Explicativo.

Las sociedades indicadas procedieron a la presentación del Plan Explicativo para dar cumplimiento a las condiciones impuestas en distintas tomas de participación en relación con las operaciones societarias que han sido descritas en los antecedentes de hecho la resolución.

El Plan Explicativo fue aprobado con fecha 18 de mayo de 2017, mediante Resolución de esta Sala y posteriormente el día 25 de julio de 2017 la Sala aprobó otra Resolución por la que se da por acreditada la realización de las actuaciones comprendidas en el referido plan explicativo. Ambas resoluciones se dictaron con la información económico-financiera que se había remitido a la CNMC, en el marco de los procedimientos de tomas de participación y de la aprobación del Plan explicativo.

Con posterioridad, (a partir de la información reportada el 25 de agosto de 2017 en el marco de la Circular 5/2009 y de la comunicación efectuada el 17 de agosto de 2018 relatada en el antecedente noveno), la CNMC tuvo conocimiento de nuevos datos que modificaban la información económico-financiera de las mercantiles que le había sido relatada a la CNMC.

En particular, la CNMC tuvo conocimiento de que el día 3 de julio de 2017, NED se había endeudado en un importe de 466 M€ con EDP Iberia, sin que se informara a esta Comisión de este endeudamiento adicional en la información aportada ese mismo día a la CNMC ni tampoco cuando se aportó la documentación restante en fecha 19 de julio siguiente.

Así, la resolución de fecha 25 de julio de 2017 dictada por esta Sala no pudo tener en consideración esta información.

Tras el correspondiente análisis de la nueva información recibida y comprobada que suponía un deterioro sobre la situación evaluada en el proceso de aprobación del Plan Explicativo, se aprobó el Acuerdo de esta Sala de 8 de febrero de 2018, por el que se insta al cumplimiento del Plan Explicativo, al entender que se había producido un incumplimiento de las condiciones, como se expresa en el apartado 7 de dicho Acuerdo.

“Como se ha puesto de manifiesto en el apartado 5, la posición económico-financiera de NED se ha deteriorado considerablemente como consecuencia del incremento de su endeudamiento, y además, incumple la posición que NED y EDPEDG asumieron en el Plan Explicativo presentado ante la CNMC en fecha

10 de abril de 2017, sobre el que la CNMC dictó resolución aprobándolo en fecha 18 de mayo de 2017.

Se procede a continuación a exponer detalladamente en qué consisten los incumplimientos atribuidos a NED Y NED ESPAÑA y las consecuencias que llevan aparejadas en la situación económico financiera de ambas sociedades.

1).- Impacto de los hechos conocidos con posterioridad a la aprobación del Plan explicativo en el balance de NED.

Siguiendo lo ya indicado en el citado Acuerdo de 8 de febrero de 2018, se consideran como probados lo siguientes hechos relativos al balance de NED a la luz de la información posterior a la Resolución de 25 de julio de 2017.

En el siguiente cuadro:

La primera columna comenzando por la izquierda muestra el balance proforma de NED a 31/12/2016, después de las 3 operaciones de venta de activos a EDPEDG que se citan en los antecedentes Primero (TPE/DE/055/16), Segundo (TPE/DE/013/16) y Sexto (TPE/DE/019/17), y el cumplimiento de las actuaciones comprendidas en el Plan explicativo. **Es decir, el balance refleja la posición de NED que fue analizada al valorar el Plan Explicativo, y sobre la cual esta Sala había concluido favorablemente.** En adelante, se denomina *“Balance proforma tras el cumplimiento del plan explicativo”*.

En la segunda columna se muestra el balance de NED a 30/06/2017, que ha sido aportado a la CNMC por dicha empresa en el ámbito de la Circular 5/2009, en fecha 25 de agosto de 2017, y que es además coincidente con el aportado por NATUR GASNED XXI en el ámbito del expediente TPE/DE/026/17 en fecha 11 de octubre de 2017. En adelante, se denomina *“Balance a 30/06/2017”*.

En la tercera columna se muestra el balance de NED a 26/07/2017, un día después de la aprobación por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Resolución **por la que se acredita la realización de las actuaciones comprendidas en el plan explicativo**, y un día antes del cierre de la operación de adquisición del 100% del capital de NED, que se produjo el 27/07/2017. Este balance representa la posición de NED el último día en que formó parte del grupo EDP, antes de su venta. En adelante, se denomina *“Balance antes de la venta de NED”*.

En la cuarta columna se muestra el balance de NED a 31/07/2017, 4 días después del cierre de la operación de venta de NED. **[INICIO CONFIDENCIAL]**

[FIN CONFIDENCIAL]. En adelante, se denomina “*Balance después de la venta de NED*”.

Cuadro 1. Evolución del balance de NED

[INICIO CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Fuente: información aportada a la CNMC

Cuadro 2. Evolución de los ratios de NED

[INICIO CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Fuente: elaboración propia a partir de información aportada a la CNMC

i) Variaciones entre el “Balance proforma tras el cumplimiento del Plan explicativo” y el “Balance a 30/06/2017”.

Como se pone de manifiesto en los cuadros anteriores, el balance de NED ha variado significativamente, así como sus principales ratios, con respecto a la posición que fue analizada al valorar el Plan explicativo.

Según el balance proforma a 31/12/2016 de NED, después de las 3 ventas de activos y el cumplimiento de las condiciones, la sociedad presentaría un ratio de apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL][FIN CONFIDENCIAL]** y un ratio Deuda Neta / EBITDA de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces. Si bien se trataba de un balance proforma, puesto que las actuaciones concretas para cumplir con el plan explicativo se producirían en el primer semestre de 2017, el balance real de NED a 30/06/2017 se encuentra muy alejado de la posición que fue analizada cuando se valoraron las actuaciones comprendidas en el plan explicativo.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Este balance a 30/06/2017 y los nuevos ratios de NED, no fueron informados a la CNMC cuando EDPEDG (ahora NED ESPAÑA) y NED remitieron, en fechas 3 de julio y 19 de julio de 2017, la información para la acreditación de las

actuaciones contenidas en el Plan Explicativo. Habiendo sido esta información recibida por la CNMC en fecha 25 de agosto de 2017, con el reporte de información de la Circular 5/2009 asociado al segundo trimestre de 2017 (que se realiza en el plazo de 60 días después de la fecha de cierre del trimestre), así como en fecha 11 de octubre de 2017, en respuesta al segundo oficio de petición de información del Director de Energía.

De haber dispuesto de esta información, la resolución de esta Sala de 25 julio de 2017, respecto de la acreditación de las actuaciones comprendidas en el Plan Explicativo y respecto del cumplimiento de las condiciones Segunda y Quinta, hubiera tenido un contenido distinto, en tanto que el ratio de apalancamiento de NED no sería del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, y su ratio Deuda Neta / EBITDA no sería de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces sino de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces.**

Es preciso recordar que la Resolución de 30 de marzo de 2017 (TPE/DE/013/17) había añadido un segundo párrafo en la condición Quinta para preservar que las actuaciones contenidas en el Plan Explicativo de EDPEDG no afectaran a la solvencia de NED, en los siguientes términos:

“En el caso de que las actuaciones contenidas en el Plan afecten a la solvencia de NED (sería el caso, por ejemplo, de la capitalización de EDPEDG a través de su accionista único), deberá aportarse información sobre la estructura final de balance que resulte para dicha sociedad, y en particular, sobre su ratio de Apalancamiento y Deuda Neta / EBITDA”.

Cabe asimismo señalar que a esa fecha, se había aprobado también la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 8 de junio de 2017, en el procedimiento correspondiente al Lote 3 (TPE/DE/019/17) cuya condición segunda señalaba que “EDPEDG Y NED deberán dar cumplimiento al Plan Explicativo presentado a la CNMC por EDPEDG, comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones Segunda, Tercera y Cuarta de las Resoluciones de fecha 23 de febrero de 2017 y 30 de marzo de 2017 (dictadas en los procedimientos TPE/DE/055/16 y TPE/DE/013/17) que ha sido aprobado por esta Sala de Supervisión Regulatoria con fecha 18 de mayo de 2017.”

ii) Variaciones entre el “Balance a 30/06/2017 y el “Balance antes de la venta de NED”.

Como se pone de manifiesto en el cuadro 1, entre el 30 de junio de 2017 y el 26 de julio de 2017 (día anterior a la venta de NED, y último en que NED pertenece al grupo EDP), **se produjeron operaciones de endeudamiento adicionales, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Como se ha acreditado en el expediente administrativo, este endeudamiento adicional que se preveía realizar hasta el 26/07/2017, no fue informado a la CNMC cuando EDPEDG y NED remitieron, en fechas 3 de julio y 19 de julio de 2017, la información para la acreditación de las actuaciones contenidas en el Plan Explicativo, y que fue la base de la Resolución de 25 de julio de 2017. Habiendo sido recibida esta información solo en fecha 11 de octubre de 2017, en respuesta al segundo oficio de petición de información del Director de Energía.

De haber dispuesto de esta información, esta Sala no habría considerado acreditadas en fecha 25 de julio las actuaciones comprendidas en el Plan Explicativo ni cumplidas las condiciones Segunda y Quinta, ya que el ratio de apalancamiento de NED se hubiera situado en el plazo de los 2 días siguientes a la aprobación de la resolución no en el [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] sino en el [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], y el ratio de Deuda Neta / EBITDA no en [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces sino en [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces.

Si la Sala de Supervisión Regulatoria había considerado en su resolución de fecha 23 de febrero de 2017 (TPE/DE/055/16), que los ratios de EDPEDG que resultaban después de la adquisición del primer lote de activos, de un Apalancamiento del [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] y un ratio Deuda Neta / EBITDA de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces eran excesivamente elevados y fuera del rango habitual que presentan las empresas de distribución de gas natural, con mayor motivo lo hubiera considerado respecto de NED, si ésta presenta ratios superiores, y además teniendo en cuenta que se trata de una empresa de mayor tamaño y por lo tanto con mayor importancia para garantizar la seguridad de suministro.

Se señala expresamente por su relevancia, [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Estos acuerdos alcanzados [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] deberían haber respetado el Plan Explicativo. Por ello, la Resolución de 18 de mayo de 2017 de la Sala de Supervisión Regulatoria por la que se aprueba el Plan Explicativo, señalaba expresamente lo siguiente en el apartado 4.1.:

“Resulta exigible a todas las empresas de distribución de gas natural el mantenerse debidamente capitalizadas, conforme a un ratio Deuda Neta / EBITDA razonable, así como mantener una estructura de la deuda que resulte sostenible. Esta obligación ha de resultar asimismo exigible a EDPEDG con carácter general y al margen de esta operación concreta. Teniendo además en consideración que, como se señala en el punto (5) de los antecedentes, el grupo

EDP ha anunciado públicamente el 27 de marzo de 2017, la venta del 100% de las acciones de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (que a su vez, detenta el 100% del capital social de EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U.). Una vez que esta operación se ejecute, tanto NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. (NED), como su participada EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. (EDPEDG), dejarán de formar parte del grupo EDP, lo que conllevará la cancelación de la deuda con empresas del grupo EDP. Los nuevos accionistas llevarán a cabo una nueva política financiera, que podría afectar al balance de NED y EDPEDG, pero a la que en todo caso resultan aplicables las mismas exigencias de capitalización señaladas en este párrafo”.

Adicionalmente, el apartado 4.4 “Valoración global y Acreditación de las actuaciones” de la Resolución de 18 de mayo de 2017, recogía literalmente:

“De conformidad con la valoración efectuada en los apartados ⁴3.4, 3.5 y 3.6 de esta Resolución, se considera que las actuaciones comprendidas en el Plan explicativo presentado en fecha 10 de abril de 2017, son suficientes para cumplir con las condiciones Segunda, Tercera y Cuarta, respectivamente.

Todo ello sin perjuicio de la obligación de carácter general, y al margen de esta operación concreta, de que NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. y EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN DE GAS, S.A.U. se mantengan debidamente capitalizadas conforme a un ratio Deuda Neta / EBITDA razonable, y mantengan una estructura de la deuda que sea sostenible, en los términos señalados en el apartado 3.4⁵ de esta Resolución.”

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

iii) Variaciones entre el “Balance antes de la venta de NED” y el “Balance después de la venta de NED”.

El cierre de la venta de NED por parte del grupo EDP a los nuevos accionistas se produjo el 27 de julio de 2017, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Posteriormente el 26 de septiembre de 2017 NED emitió dos tramos de bonos por un importe total de 1.300 M€. El primero de ellos, por importe de 550 M€, se ha emitido a un plazo de 5 años, y el segundo, de 750 M€, a un plazo de 10 años. **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

⁴ Existe una errata en la Resolución, dado que la valoración de las actuaciones para cumplir con las condiciones Segunda, Tercera y Cuarta, se realiza en los apartados 4.1, 4.2 y 4.3. No existen en la Resolución los apartados 3.4, 3.5 ni 3.6.

⁵ Existe una errata en la Resolución, se refiere al apartado 4.1. No existe en la Resolución el apartado 3.4.

2).- Análisis del impacto de los hechos revelados en el balance de NED ESPAÑA (antes EDPEDG).

Como consecuencia de los hechos revelados, se analiza a continuación el impacto en el balance de EDPEDG (ahora NED ESPAÑA) y en sus principales ratios. Para evitar confusiones en este análisis se hará referencia siempre a la abreviatura de la denominación de la mercantil al tiempo de los hechos que se consideran probados.

En la primera columna comenzando por la izquierda, se muestra el balance proforma de EDPEDG a 31 de diciembre de 2016, después de las 3 operaciones de venta de activos a EDPEDG por parte de su matriz NED que se citan en los antecedentes Primero (TPE/DE/055/16), Segundo (TPE/DE/013/16) y Sexto (TPE/DE/019/17), y el cumplimiento de las actuaciones comprendidas en el Plan explicativo. Es decir, el balance refleja la posición de EDPEDG que fue analizada al valorar el plan explicativo, y sobre la cual la CNMC había concluido favorablemente. En adelante, se denominará *“Balance proforma tras el cumplimiento del plan explicativo”*.

En la segunda columna se muestra el balance de EDPEDG (actualmente NED ESPAÑA) a 30 de junio de 2017, que ha sido aportado a la CNMC en el ámbito de la Circular 5/2009, en fecha 25 de agosto de 2017, y que es además coincidente con el aportado por NATUR GASNED XXI en el ámbito del expediente TPE/DE/026/17 en fecha 11 de octubre de 2017. En adelante, se denominará *“Balance a 30/06/2017”*.

En la tercera columna se muestra el balance de EDPEDG a 26 de julio de 2017, un día después de la aprobación por la Sala de Supervisión Regulatoria de la Resolución por la que se acredita la realización de las actuaciones comprendidas en el plan explicativo, y un día antes del cierre de la operación de adquisición del 100% del capital de NED (socio único de EDPEDG), que se produjo el 27 de julio de 2017. Este balance representa la posición de EDPEDG el último día en que formó parte del grupo EDP, antes de su venta. En adelante, se denominará *“Balance antes de la venta de NED”*.

En la cuarta columna se muestra el balance de EDPEDG a 31 de julio de 2017, 4 días después del cierre de la operación de venta de NED y sus participadas. **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** En adelante, se denominará *“Balance después de la venta de NED”*.

Cuadro 3. Evolución del balance de EDPEDG

[INICIO CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Fuente: información aportada a la CNMC

Cuadro 4. Evolución de los ratios de EDPEDG

[INICIO CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Fuente: elaboración propia a partir de información aportada a la CNMC

Tercero.1.- Variaciones entre el “Balance proforma tras el cumplimiento del Plan explicativo” y el “Balance a 30/06/2017”.

Como se pone de manifiesto en los cuadros anteriores, el balance de EDPEDG ha variado, así como sus principales ratios, con respecto a la posición que fue analizada al valorar el Plan explicativo.

Según el balance proforma a 31 de diciembre de 2016 de EDPEDG, después de las 3 ventas de activos y el cumplimiento de las condiciones, la sociedad presentaría **un ratio de apalancamiento del [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] y un ratio Deuda Neta / EBITDA de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces**. Si bien se trataba de un balance proforma, puesto que las actuaciones concretas para cumplir con el plan explicativo se producirían en el primer semestre de 2017, el balance real de EDPEDG a 30 de junio de 2017 difiere de la posición que fue analizada cuando se valoraron las actuaciones comprendidas en el plan explicativo.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Queda acreditado como alega NED ESPAÑA que tales partidas han desaparecido del balance a 31 de diciembre de 2017. Queda probado que los ratios de NED ESPAÑA fueron superiores a los previstos, pero por un periodo de tiempo muy reducido.

En el resto del período hasta el 31 de julio de 2017 no se produjeron variaciones significativas.

3).- Análisis del impacto de los hechos revelados en el balance consolidado de NED.

Como se ha indicado en el antecedente Quinto, en la Resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de 18 de Mayo de 2017 por la que se aprueba el Plan

Explicativo, se valoraron los ratios de NED y EDPEDG a nivel agregado o consolidado entre ambas sociedades, indicándose expresamente lo siguiente:

Por último, dado que EDPEDG es una sociedad 100% participada por NED, que también realiza la actividad de distribución de gas natural, cabe analizar los ratios resultantes de ambas sociedades en términos agregados. Estos serían un apalancamiento de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] y un ratio Deuda Neta / EBITDA de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces.

A nivel agregado, el ratio Deuda Neta / EBITDA de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces se situaría por debajo del que mantienen [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL], pero continuaría estando por encima del que presentan el resto de empresas que realizan la actividad de distribución de gas natural.

Se considera que las actuaciones contenidas en el Plan explicativo presentado son suficientes para cumplir con la condición Segunda, en la medida en que esta condición está referenciada al rango habitual de las empresas del sector de distribución de gas natural. Si bien se señala que el ratio Deuda Neta / EBITDA que mantendrá EDPEDG es un valor elevado que únicamente se sitúa por debajo del que mantiene [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]. En los mismos términos, si se consideran NED y EDPEDG de forma conjunta, el ratio Deuda Neta / EBITDA sólo se sitúa por debajo del que mantienen [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

Es decir, tras el cumplimiento del Plan Explicativo, el ratio Deuda Neta / EBITDA de NED y EDPEDG a nivel agregado, se situaba en [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces.

A 31 de julio de 2017, el ratio Deuda Neta / EBITDA de NED y sus filiales a nivel agregado, estaba situado en [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL].

Este ratio es por consiguiente significativamente superior al ratio a nivel agregado que fue aportado a la CNMC en el Plan Explicativo, y que se situaba en [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces.

4).- La fusión inversa de NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCIÓN y su accionista único NATURE GASNED XXI mejora el ratio de apalancamiento, pero mantiene invariable el ratio Deuda Neta / EBITDA.

Como resultado de esta operación, NED reduce su ratio de apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** (antes de la fusión) al **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** (después de la fusión).

Sin embargo, el ratio Deuda Neta / EBITDA se mantiene en idénticos términos antes y después de la fusión, en **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces, superando el valor del Plan Explicativo de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces.

Con respecto al balance consolidado, a 31 de julio de 2017, según el balance proforma después de la fusión, el ratio Deuda Neta / EBITDA de NED y sus filiales a nivel agregado se sitúa en **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Se concluye que este ratio es superior al que fue aportado a la CNMC en el Plan Explicativo, de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces como se ha indicado en el anterior hecho probado. No hay variación antes y después de la fusión.

Por lo tanto, la operación de fusión **mejora el ratio de apalancamiento de NED, pero mantiene en idénticos términos el ratio Deuda Neta / EBITDA, tanto de NED como sociedad individual, como de NED y NED ESPAÑA a nivel agregado o consolidado, como ya se había indicado en la Resolución de 22 de febrero de 2018**

5).- El endeudamiento de NED está relacionado con su venta

En el anuncio público del grupo EDP de 27 de marzo de 2017 mediante un hecho relevante remitido a la Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios (CMVM) se indicaba que se habían aceptado los principales términos y condiciones de una oferta vinculante para la venta del 100% del capital de NED (lo que implica asimismo, la adquisición de sus participadas), por **un importe de 2.591 M€**, a un consorcio de inversores. El acuerdo alcanzado sobre el precio implicaba un múltiplo de 15,7 veces EV⁶ / EBITDA. Posteriormente, el grupo EDP anunció mediante hecho relevante de fecha 24 de abril de 2017, la firma del acuerdo definitivo en relación con esta transacción.

Por su parte, esta misma operación fue comunicada por parte de los nuevos accionistas (el consorcio de inversores) a la CNMC en el ámbito de los apartados 3 y 6 de la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, en fecha 17 de agosto de 2017. **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

⁶ EV: Enterprise value: Valor de la empresa.

6).- Conocimiento por parte de las empresas involucradas y sus accionistas del impacto en los ratios de apalancamiento y Deuda Neta/ EBITDA de NED y NED ESPAÑA como consecuencia de las operaciones societarias.

En la documentación aportada por NED en sus alegaciones se acredita de forma clara y fehaciente que:

- Que desde el mismo diseño de la operación se preveía que NED tuviera una deuda con EDP de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**, que después se refinanciaría con terceros.

Que asesores **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** remitieron en pleno proceso de negociación de la compraventa un correo en el que indica obtener para NED ESPAÑA un valor Deuda Neta /EBITDA de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces y Apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**; y para NED, un valor Deuda Neta / EBITDA de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces, y Apalancamiento del **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**.

Este correo iba acompañado de cálculos en los que se adjunta un cuadro con el nivel de deuda de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** millones €, y del que se desprende un valor de Deuda / EBITDA de NED de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces, y restando el importe que NED presta a sus filiales de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** millones €, se obtiene un valor de Deuda Neta / EBITDA de NED de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces. Asimismo, a nivel agregado o consolidado de NED y sus filiales, se obtiene un valor de Deuda Neta / EBITDA de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces.

Cuadro 5. Cálculo de los ratios remitidos por el asesor financiero de los nuevos accionistas a EDP el 3 de abril de 2017, aportado como documento número 4

[INICIO CONFIDENCIAL]

[FIN CONFIDENCIAL]

Fuente: información aportada al expediente como documento 4

Estos números **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** coinciden con los que fueron posteriormente calculados por la CNMC a 31 de julio de 2017, una vez conocido el nivel de endeudamiento real de NED.

Por tanto, queda probado que después de las operaciones que se preveían realizar, el ratio Deuda Neta / EBITDA de NED **no era de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces como se informó en el Plan Explicativo, sino de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces.** Asimismo, también era conocido que después de las operaciones que se preveían realizar, el ratio Deuda Neta / EBITDA de NED y NED ESPAÑA a nivel

agregado o consolidado no era de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces como se informó en el Plan Explicativo, sino de [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] veces.

7).- Conocimiento por parte de las empresas responsables [INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL] de la ocultación de información a la CNMC.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Habilitación competencial y legislación aplicable

La competencia para sancionar le corresponde a la CNMC de conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera 2. del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico:

«La competencia para sancionar el incumplimiento del deber de comunicación o de las condiciones y obligaciones impuestas a las sociedades sujetas a operaciones comunicadas le corresponderá a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la Administración General del Estado a partir de la fecha en que produzca efectos la orden prevista en el apartado anterior».

Disposición expresamente aplicable según establece la disposición transitoria cuarta de la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. “Funciones y competencias en materia sancionadora cuyo ejercicio se mantiene transitoriamente en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”:

«Sin perjuicio de las modificaciones introducidas por esta Ley en el título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia seguirá desempeñando las funciones a que se hace referencia en la disposición adicional octava.2 y 3 de dicha Ley 3/2013, de 4 de junio, y la disposición adicional tercera.2 del Real Decreto-ley 9/2013,

de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico».

Conforme al artículo 29.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y conforme al artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC, corresponde al Director de Energía de la CNMC la instrucción de los procedimientos sancionadores relativos al sector energético, debiendo realizar la propuesta de resolución.

Dentro de la CNMC, compete a la Sala de Supervisión Regulatoria la resolución del presente procedimiento, previo informe de la Sala de Competencia de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013.

En materia de procedimiento, resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, o LPAC; asimismo, resultan de aplicación los principios de la potestad sancionadora contenidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

SEGUNDO. Tipificación de los hechos probados

El artículo 109.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, sanciona en su apartado i) *“La falta de comunicación al Ministerio de Industria, Energía y Turismo o el incumplimiento de las condiciones u obligaciones establecidas, en el supuesto de la toma de participaciones en sociedades, en los términos previstos en la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.*

El tipo infractor ha de ser necesariamente puesto en relación con el contenido de la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, de 3 de junio. Como se señala en la propuesta de resolución, no se trata de un tipo en blanco sino que forma parte de los tipos que remiten para la configuración de alguno de sus elementos a la aplicación a otra norma.

La disposición adicional novena en su apartado 1 establece que el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (referencia que transitoriamente ha de entenderse referida a la CNMC, de conformidad con la disposición adicional Tercera, punto 1, del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico) conocerá de las siguientes operaciones:

1. *b) Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan*

en la gestión técnica del sistema gasista conforme a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, o desarrollen actividades en el sector de hidrocarburos tales como refino de petróleo, transporte por oleoductos y almacenamiento de productos petrolíferos.

En particular y como reconocen las propias sociedades en sus sucesivas comunicaciones de tomas de participaciones que han sido relatadas en los antecedentes, éstas se encuentran comprendidas en el apartado segundo de la citada disposición que literalmente establece:

2. Las sociedades que realicen actividades incluidas en las letras a) y b) del apartado 1 anterior, deberán comunicar a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo las adquisiciones realizadas directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, de participaciones en otras sociedades mercantiles o de activos de cualquier naturaleza que atendiendo a su valor o a otras circunstancias tengan un impacto relevante o influencia significativa en el desarrollo de las actividades de la sociedad que comunica la operación.

Es el apartado 7 de la disposición el que establece la posibilidad de imponer condiciones u obligaciones específicas, en las operaciones comprendidas en el anterior apartado 2.

“Si el Ministro de Industria, Energía y Turismo considerase que existe una amenaza real y suficientemente grave para la garantía de suministro de electricidad, gas e hidrocarburos en el ámbito de las actividades del adquirente, podrá establecer condiciones relativas al ejercicio de la actividad de las sociedades sujetas a las operaciones comunicadas de acuerdo a los apartados 2 y 4 de esta Disposición, así como las obligaciones específicas que se puedan imponer al adquirente para garantizar su cumplimiento”.

Los apartados citados permiten establecer de modo inicial quiénes, en este caso, pueden ser los sujetos responsables de la infracción prevista en el artículo 109.1 i) LSH: las sociedades que realizan actividades que tengan la consideración de reguladas, entre otras, como es en el caso presente la distribución gasista.

Esta Sala comparte también los razonamientos contenidos en la propuesta de resolución en cuanto a los elementos objetivos del tipo, singularmente la indicación sobre el bien jurídico protegido.

TERCERO.- Autoría de la infracción.

Como ya se ha señalado, la operación sujeta a comunicación y al posible condicionamiento por parte de la CNMC consistió primero, en la creación de una

filial controlada al cien por cien, de hecho, constituida en sociedad anónima unipersonal, por la matriz y la transmisión de determinados activos de distribución desde la matriz (entonces NATURGAS) a la filial (entonces EDPDG). Tras la operación y esto es especialmente relevante ambas sociedades eran titulares de activos regulados y una de ellas, controlaba con plena conformidad por estar integrada en el mismo grupo empresarial en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio.

Posteriormente ambas mercantiles, manteniendo su relación de plena dependencia, fueron adquiridas por otro grupo empresarial, cambiando exclusivamente la denominación y manteniendo la titularidad de activos regulados.

Estas precisiones son importantes porque una de las alegaciones principales, incluso argumentada de forma cruzada, es que NED ESPAÑA desconocía y, por tanto, no era responsable de los problemas de solvencia de NED y, de forma especular, NED no estaba obligada por las resoluciones de esta Sala, entre ellas, la obligación de formular un Plan explicativo y siguiendo la lógica no puede ser sujeto de la presunta infracción cometida según el acuerdo de incoación.

Destaca que el argumento principal esgrimido en las alegaciones por parte de NED sobre su falta de responsabilidad en relación con la infracción presuntamente cometida, sea que las condiciones u obligaciones impuestas por las Resoluciones iban dirigidas exclusivamente a NED ESPAÑA (entonces EDPDG).

Este argumento resulta fácilmente rebatible, por dos motivos esenciales: el primero es que las resoluciones de esta Sala incumplidas sí imponen expresamente obligaciones a NED. Y el segundo es la indiscutible unidad de actuación que han protagonizados las propias mercantiles a lo largo de los procedimientos administrativos, incluido el presente procedimiento sancionador, y que se refleja constantemente en los escritos de las mismas tanto formal como materialmente.

En primer lugar, la comunicación por la que se dio inicio al primero de los procedimientos (TPE/DE/055/16) de 28 de diciembre de 2016 es conjunta, firmada por los representantes de ambas sociedades y en la misma se deja claro que la operación consiste en la creación de una sociedad filial de la que NED (entonces NATURGAS) posee el 100% y a la que transmite, para cumplir con su objeto social, una parte de sus activos de distribución. Son ambas sociedades, por tanto, las que dan inicio a los procedimientos en los que posteriormente se impondrán una serie de obligaciones que presuntamente se habrían incumplido. Todas las resoluciones se notificaron a ambas sociedades

Esta actuación conjunta se extiende a la totalidad del procedimiento e incluso se acrecienta puesto que en las solicitudes de ampliación de plazo (véase la de 27

de enero de 2017, por ejemplo) hasta el punto de que el representante es único y firma el documento una sola vez en nombre de ambas empresas.

Esta actuación conjunta no finaliza aquí, sino que se mantiene incluso hasta en el propio procedimiento sancionador donde, aun cuando las alegaciones de ambas mercantiles son distintas, están firmadas por el mismo representante.

Posteriormente cuando la Comisión tuvo conocimiento de las consecuencias no comunicadas para NED de las operaciones sometidas al procedimiento de toma de participaciones procedió a exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el Plan explicativo mediante Acuerdo de 8 de febrero de 2018 que dirige a ambas sociedades mercantiles.

Lo que ponen de manifiesto todos estos hechos no es más que: i) la prueba de la plena integración de ambas empresas en el mismo grupo de sociedades y la relación de control de NED sobre NED España y ii) la inequívoca intención de la CNMC de evaluar las consecuencias de las operaciones comunicadas para ambas sociedades en su condición de titulares de activos regulados y la exigencia a ambas del cumplimiento de lo estipulado en el Plan explicativo.

Por si todo ello no fuera suficiente, no es cierto que las obligaciones recayeran solo sobre una de las sociedades. Basta con leer el acuerdo de incoación. Condición segunda de la Resolución de 8 de junio de 2017 (TPE/DE/017/19) que reproducimos:

*Segunda- **EDPEDG y NED** deberán dar cumplimiento al Plan explicativo presentado a la CNMC por EDPEDG, comprensivo de la totalidad de los aspectos citados en las condiciones Segunda, Tercera y Cuarta de las Resoluciones de fecha 23 de febrero de 2017 y 30 de marzo de 2017 (dictadas en los procedimientos TPE/DE/055/16 y TPE/DE/013/17), que ha sido aprobado por esta Sala de Supervisión Regulatoria, con fecha 18 de mayo de 2017.*

O el segundo párrafo de la condición quinta de la Resolución de esta Sala de 30 de marzo de 2017 (TPE/DE/013/17):

*En caso de que las actuaciones contenidas en el Plan afecten a la solvencia de NATURGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A. U., (sería el caso, por ejemplo, de la capitalización de EDP ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.I.J. a través de su accionista único), **deberá aportarse información** sobre la estructura final de balance que resulte para dicha sociedad, y en particular, sobre su ratio de apalancamiento, y Deuda Neta / EBITDA.*

No resulta admisible que NED pretenda desentenderse de su responsabilidad en el cumplimiento del plan explicativo, por el hecho de que el mismo fuera formalmente presentado a la CNMC sólo por la antigua EDPEDG (ahora NED ESPAÑA), habida cuenta de la relación de plena dependencia de la segunda

respecto de la primera, y de que las medidas propuestas en dicho plan a la CNMC necesariamente exigen la participación de la matriz NED **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

En conclusión, ambas sociedades deben ser consideradas como autoras de la infracción tipificada en el artículo 109.1 i) puesto que ambas estaban obligadas por las distintas Resoluciones de esta Sala ya citadas. Cuestión distinta es el grado de responsabilidad que tengan y la antijuridicidad de su conducta, cuestiones que se evaluarán más adelante y que ya han sido apuntadas en los hechos probados.

En otro orden de cosas, aunque también relacionado con la autoría, NED en sus alegaciones parece afirmar, a través de un largo relato de los antecedentes, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** el auténtico y único responsable de las operaciones financieras que han sido señaladas en los hechos probados y que han dado lugar a la situación de desequilibrio en el balance.

NED pretende así desligar las actuaciones de las sociedades mercantiles de las de sus administradores **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Este debate está relacionado con la autoría, pero, en realidad, es ajeno al tipo, puesto que ni el nuevo accionista ni el anterior fueron parte en los procedimientos administrativo que finalizaron con las resoluciones de esta Sala de cuyo incumplimiento se derivaría la comisión de la infracción.

Esta consideración sería suficiente para resolver el debate planteado. Adicionalmente, conviene poner de manifiesto otros extremos no menos relevantes:

- Existen en este procedimiento sancionador dos sociedades mercantiles (NED y NED ESPAÑA) válidamente constituidas, dotadas de personalidad jurídica y capacidad de obrar, susceptibles de cometer infracciones administrativas y de asumir la responsabilidad sancionadora por los hechos cometidos por ellas. Es decir, dos centros de imputación diferentes de las personas jurídicas que son y han sido sus socios únicos y que son las únicas autoras de las infracciones cometidas.
- Ambas son sociedades mercantiles unipersonales, por tanto, las decisiones necesariamente han de ser adoptadas en última instancia por un accionista único.
- La adquisición de una sociedad por parte de un nuevo conglomerado de accionistas no supone, como parece apuntar la alegación, una especie de ruptura de la continuidad, sino todo lo contrario, es decir, es una operación habitual en el tráfico mercantil en la que comprador y vendedor determinarán sus respectivas obligaciones respecto a los derechos y obligaciones de la

sociedad que es objeto de la compraventa cuya actividad en el tráfico jurídico continua.

En el caso que nos ocupa, esa continuidad se hace aún más palpable en el contrato de compraventa de 24 de abril de 2017 entre EDP- Energías de Portugal y NATURE GAS NED XXI, S.L.U., el cual es revelador de que los redactores del mismo y los firmantes comparten estos criterios jurídicos.

[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]

En suma, en el ámbito privado no existía para ambas partes ninguna duda que las sociedades mercantiles destinadas a la distribución cuyas participaciones eran el objeto del contrato habían realizado operaciones que estaban sometidas y condicionadas por la CNMC y que el cumplimiento de las mismas, que ya se había iniciado con la presentación del Plan Explicativo el día 10 de abril, debía cumplirse y además, y esto es lo más relevante, de mutuo acuerdo, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Esto es lo que, por otra parte, ponen de manifiesto los correos electrónicos aportados en las alegaciones.

En consecuencia, no cabe admitir las alegaciones de NED que pretenden, de manera artificiosa, distinguir entre las sociedades y sus socios únicos **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Por los anteriores motivos, la infracción ha sido correctamente atribuida a NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCION, S.A.U. (NED) y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U. (NED ESPAÑA), sin que concurra infracción alguna del principio de personalidad.

CUARTO. Culpabilidad

a) Consideraciones generales:

Una vez acreditada la existencia de una infracción creada y tipificada por la Ley, el ejercicio efectivo de la potestad sancionadora precisa de un sujeto pasivo al que se impute su comisión. La realización de un hecho antijurídico debidamente tipificado ha de ser atribuida a un sujeto culpable.

La necesidad de que exista una conducta dolosa o culposa por parte del administrado para que proceda la imposición de una sanción administrativa es reconocida por la Jurisprudencia y se desprende igualmente del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, según el cual «*Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa*».

Este precepto debe ser necesariamente interpretado a la luz de la doctrina jurisprudencial, según la cual «*la acción u omisión calificada de infracción administrativa ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable*» (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 12 de mayo de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, y 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª).

En todo caso, el elemento subjetivo que la culpabilidad supone se refiere a la acción en que la infracción consiste y no a la vulneración de la norma, tal y como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero 1991 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), en su Fundamento de derecho 4, indica:

Por último en cuanto a la alegada ausencia de intencionalidad de incumplir las disposiciones legales, referidas en la resolución sancionadora, y a la necesidad del dolo o culpa como elemento de la infracción administrativa, debe señalarse, que, sin negar este elemento, no puede afirmarse que el dolo o la culpa deban entenderse como acto de voluntad directamente referido a la vulneración de la norma que define el tipo de falta, sino que con lo que debe relacionarse dicha voluntad, como elemento del dolo o culpa, es con la conducta y el resultado de ella que dicha norma contempla como supuesto del tipo de falta.

No es que se quiera vulnerar la norma, sino que se quiera realizar el acto que la norma prohíbe.

b) Examen de las circunstancias concurrentes en el presente caso:

En el presente caso, no puede dejarse de lado las concretas circunstancias que tuvieron lugar en el largo *iter procedimental* que ha sido relatado en los antecedentes de hecho.

De esta forma, la Propuesta de Resolución hace hincapié en el conocimiento que tenían tanto NED como NED España de los hechos sancionables que le han sido atribuidos en el presente procedimiento sancionador:

En particular:

NED y NED ESPAÑA conocían las actuaciones que habían propuesto a la CNMC para cumplir con las condiciones, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**. Estas y no otras actuaciones, fueron las que aceptó esta Sala al aprobar el Plan Explicativo.

NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN (NED) y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS (NED ESPAÑA) conocían los balances proforma de ambas sociedades que resultaban una vez cumplidas las actuaciones del Plan Explicativo y en base a los cuales esta Sala había aprobado dicho Plan, dado que ellas mismas habían elaborado estos balances y los habían aportado como anexo al Plan Explicativo.

En dichos balances se hacía constar expresamente la deuda de ambas sociedades tras la realización de las operaciones y las actuaciones para cumplir con el Plan Explicativo.

Y conocían cómo la CNMC calculaba los ratios de apalancamiento y Deuda Neta /EBITDA, dado que en el propio Plan Explicativo los habían calculado ellas mismas, aportando los ratios concretos que resultaban para NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, así como para ambas sociedades a nivel consolidado o agregado.

No puede considerarse que los balances y los ratios que NED y NED ESPAÑA aportaron en el Plan Explicativo, sean únicamente a título informativo, sino que constituyen compromisos concretos ofrecidos por NED y NED ESPAÑA a la CNMC para cumplir con las condiciones impuestas, y que la CNMC aceptó.

Esa Sala no impuso a NED y NED ESPAÑA la obligación de cumplir con unos ratios definidos *ex novo*, sino que aceptó aquellos ratios que NED y NED ESPAÑA propusieron en su Plan Explicativo, con los que se consideraron cumplidas las condiciones impuestas en sus resoluciones.

Sin embargo, y a pesar de ser plenamente conscientes de lo anterior, y de forma coincidente en el tiempo o inmediatamente posterior a la aprobación por esta Sala del Plan Explicativo mediante resolución de 18 de mayo de 2018, llevaron a cabo determinadas operaciones de endeudamiento que modificaron significativamente el nivel de endeudamiento de NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN (NED), tanto a nivel individual como consolidado, de forma que el nivel de deuda, el balance y los ratios de apalancamiento y Deuda / Neta EBITDA de NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN se vieron muy negativamente afectados, con respecto a los que la Sala había valorado para aprobar el Plan Explicativo.

Cuando NED ESPAÑA presentó a la CNMC, en fechas 3 y 19 de julio, la documentación soporte para acreditar la realización de las actuaciones comprometidas en el Plan Explicativo, no informaron de la situación real de NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN (NED) a la CNMC.

De esta forma esta Sala consideró acreditadas las actuaciones contenidas en el Plan Explicativo y cumplidas las condiciones, sin disponer de la información de la situación real de NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN. NORTEGAS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN (NED) conocía la deuda adicional en la que estaba incurriendo, dado que la suscribió ella misma.

Así mismo, los accionistas **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** conocían el contenido del Plan Explicativo, dado que la aprobación del mismo por parte de esta Sala estaba reflejada como condición suspensiva en el contrato de compraventa. Además, las operaciones de endeudamiento de NED con carácter previo a la ejecución de la venta el

27/07/2017 estaban expresamente detalladas en el contrato de compraventa, que fue firmado el 24/04/2017.

En este sentido los correos electrónicos aportados por NED **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** ponen de manifiesto que:

- i) era conocido que después de las operaciones que se preveían realizar, el ratio Deuda Neta / EBITDA de NED no era de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces como se informó en el Plan Explicativo, sino de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces (sin restar la deuda prestada a sus filiales). Asimismo, también era conocido que después de las operaciones que se preveían realizar, el ratio Deuda Neta / EBITDA de NED y NED ESPAÑA a nivel agregado o consolidado no era de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces como se informó en el Plan Explicativo, sino de **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** veces.
- ii) Era conocido por correo de 7 de abril, que el enfoque que había que dar a la contestación a la CNMC era informar sobre el balance de diciembre, al que se añaden las diferentes fases de la operación de gas natural de Cantabria y Asturias, sin considerar ninguna operación de distribución de dividendos, ni la operación de venta de activos de GLP de fuera del País Vasco. Este correo electrónico no hace sino demostrar que las operaciones de endeudamiento adicionales que se preveían realizar y su impacto en las sociedades reguladas eran conocidas en ese momento, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]** Cabe indicar asimismo que esta estrategia se adoptó no únicamente con respecto a la distribución de dividendos, sino también con respecto a la adquisición de activos de GLP. En las operaciones que esta Sala había analizado sobre la adquisición de activos de GLP, se había indicado que no suponían un endeudamiento adicional de NED, mientras que finalmente no ha sido así. A este respecto, cabe remitirse al antecedente Octavo de esta Resolución, en el que se mencionan las resoluciones dictadas al efecto (TPE/DE/011/17) (TPE/DE/020/17).
- iii) Finalmente, **[INICIO CONFIDENCIAL] [FIN CONFIDENCIAL]**

Con ello se estaba dando cumplimiento al contrato, como ya se ha indicado en anteriores fundamentos jurídicos, y lo más relevante a efectos de evaluar la culpa es que hubo un conocimiento cabal por parte de los responsables de que el ratio

de apalancamiento era más alto del que se declaró y que la ocultación de tal información fue buscada voluntariamente.

La Propuesta de Resolución demuestra que hubo conocimiento de las consecuencias de las operaciones financieras y voluntad de ocultamiento a la CNMC por lo que concurre la culpa necesaria en la comisión de infracción a título, en este caso, doloso.

QUINTO. Sanción aplicable

De acuerdo con el artículo 113 de Ley del Sector de Hidrocarburos la sanción que lleva aparejada la comisión de una infracción grave es la imposición de una multa de hasta 6.000.000 euros. El apartado 2 indica, no obstante, que la sanción no podrá superar el 10% del volumen de negocios anual de la empresa infractora, o del volumen de negocios anual consolidado de la sociedad matriz del grupo integrado verticalmente al que pertenezca.

Teniendo en cuenta la información reportada por NED y NED ESPAÑA a la CNMC en el ámbito de la Circular 5/2009, su importe neto de la cifra de negocios en 2017 es de 130,470 millones € y 75,791 millones €, respectivamente, ascendiendo el total de ambas sociedades a 206,261 millones €.

Por otra parte, al ser NED ESPAÑA una sociedad participada por NED, cabe valorar el importe neto de la cifra de negocios de NED a nivel consolidado. Según la información consolidada aportada a la CNMC en el ámbito de la Circular 5/2009, el importe neto de la cifra de negocios consolidada de NED en 2017 asciende a 222.815 miles €, (dato que es asimismo publicado por NORTEGAS en su página web como información a inversores, bajo el epígrafe “*Revenues*”).

La información aportada a la CNMC en el ámbito de la Circular 5/2009, tanto a nivel individual como consolidado, se ha elaborado para reflejar el ejercicio completo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017, como se ha puesto de manifiesto por NED en una nota explicativa que fue remitida a la CNMC junto con dicha información, si bien las cuentas estatutarias auditadas de ambas distribuidoras se han elaborado de forma partida. Por una parte, para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 30 de abril de 2017 (4 meses), y por otra parte, para el periodo comprendido entre el 1 de mayo y el 31 de diciembre de 2017 (8 meses). Resultando, además, en el caso de NED, que el periodo de 8 meses incluye la actividad de distribución únicamente desde el 27 de julio de 2017 (fecha de la fusión inversa con su accionista único).

Por todo lo expuesto, el límite máximo del artículo 113 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, se concreta en el presente caso en la cifra de 13.047.000 euros en el caso de NED como sociedad individual y

7.579.100 euros en el caso de NED ESPAÑA como sociedad individual, o alternativamente, en la cifra de 22.281.500 euros de NED a nivel consolidado.

Asimismo, el mismo artículo 113 en su apartado tercero establece que «la cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a criterios de proporcionalidad y a las circunstancias especificadas en el artículo anterior.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, estas circunstancias son las siguientes:

Para la determinación de las correspondientes sanciones se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.
- b) La importancia del daño o deterioro causado.
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro a usuarios.
- d) El grado de participación y el beneficio obtenido.
- e) La intencionalidad o reiteración en la comisión de la infracción.
- f) La reiteración por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Por su parte, el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, dedicado al principio de proporcionalidad, determina que en la imposición de la sanción se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. Continúa el apartado 3 indicando: «La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

Se ha tenido en consideración que NED Y NED ESPAÑA han revertido la situación que ha motivado el inicio del presente procedimiento sancionador. Esta Sala así lo ha declarado mediante la Resolución de 21 de marzo de 2019 (antecedente decimoctavo).

En consecuencia, la multa propuesta por el instructor del procedimiento sancionador ha sido de 3.000.000 euros para NORTEGAS ENERGIA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. y 100.000 para NED ESPAÑA DISTRIBUCION GAS, S.A.

El artículo 85.3 prevé que, tanto en el caso de reconocimiento de responsabilidad (opción que NED Y NED ESPAÑA no han utilizado) como en el de pago voluntario de la multa con anterioridad a la resolución del procedimiento, y cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, determinará la terminación del procedimiento y el órgano competente para resolverlo aplicará reducciones de, al menos, el 20% sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstas acumulables entre sí.

Por medio de su escrito de alegaciones, presentadas el 16 de julio de 2019, ambas sociedades han puesto de manifiesto el pago anticipado de la multa, habiendo procedido a pagar las respectivas sanciones determinadas en la Propuesta de Resolución del procedimiento, conforme a la reducción del 20% por pago anticipado. En este sentido, NED y NED ESPAÑA aportan los correspondientes justificantes del pago 2.400.000 euros y 80.000 efectuado el 16 de julio de 2016.

De este modo, al haberse producido el pago voluntario de la multa en la cuenta indicada por la Propuesta de Resolución, procede declarar la terminación del procedimiento en los términos de la propuesta del Instructor de fecha 3 de julio de 2019 y la aplicación de la reducción del 20% al importe de la sanción resultante del procedimiento terminado.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC,

RESUELVE

Primero.- Declarar la terminación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85.2 de la LPCA, en los términos de la propuesta del instructor de fecha 3 de julio de 2019, que se transcribe en el antecedente de hecho decimonoveno, en la que se consideran acreditadas las responsabilidades infractoras administrativas y se establecen las sanciones pecuniarias a las entidades NORTEGÁS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U.

Segundo.- Aprobar la reducción del 20% sobre las referidas sanciones, establecida en el artículo 85, apartado 3 en relación con el apartado 2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; minorándose la sanción a la cuantía de 2.400.000 (dos millones cuatrocientos mil euros) y 80.000 (ochenta mil) euros, que ya han sido abonada por NORTEGÁS ENERGÍA DISTRIBUCIÓN, S.A.U. y NED ESPAÑA DISTRIBUCIÓN GAS, S.A.U., respectivamente.

Tercero.- Declarar que la efectividad de la reducción de la sanción queda condicionada en todo caso al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Energía y notifíquese a los interesados.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.